

tratan. De otra parte, se echa en falta la utilización y el comentario por parte del autor de situaciones y casos de la práctica internacional habitual que ejemplifiquen los supuestos teóricos, a la vez que doten de una mayor agilidad al texto y faciliten la lectura y comprensión, que a la postre conduciría a una mayor difusión.

En conclusión, la aportación del presente ensayo resulta muy positiva si además tenemos en cuenta que el autor, tomando como punto de partida lo que muchos otros consideran el final del proceso globalizador, aborda temas que van mucho más allá los tan manidos procesos de integración de carácter exclusivamente económico y las consecuencias derivadas de la economía mundial. El mérito de esta aportación se acrecienta si tenemos en cuenta que mientras tanto se habla de globalización económica, lo que en realidad se está reproduciendo, en el plano político y a escala mundial, son fenómenos tribalizadores, y no sólo en el corazón de África.

Enrique Abad Martínez

Álvaro D'ORS, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de Derecho natural como límite del Derecho positivo* (Colección "Cuadernos Cívitas", Madrid 1995) 180 pp.

Dedicado "a todos los queridos alumnos de <su> medio siglo de docencia jurídica: *magistri munus mutatur / imago autem tollitur*", Álvaro d'Ors nos presenta ahora un librito que —como *La violencia y el orden* (1987), *Las cartas a un joven estudiante* (1991) y la nueva edición rehecha de los *Elementos de Derecho privado romano* (1992)— está escrito "de un tirón" para ser leído "de otro tirón". Aunque su finalidad no era otra que la de servir como "simple práctica del sentido común para el uso de juristas" (p. 24), "sin más altas pretensiones filosóficas" (p. 17), nos encontramos, sin lugar a dudas, ante la exposición más clara de la todavía inacabada teoría orsiana del derecho, como luego veremos.

El libro consta de un prefacio (pp. 17-14); un cuerpo de lecciones: I. Naturaleza (pp. 25-42); II. Verdad (pp. 43-56); III. Patrimonio (pp. 57-84); IV. Potestad (85-109); V. Persona (pp. 111-131); VI. Matrimonio (pp. 133-147); VII. Servicio (pp. 149-169); y un índice tópico (pp. 171-180). La propia

distribución de las lecciones puede llamar la atención del lector por haber relegado la persona a un quinto lugar, quedando así precedida por conceptos, quizá menos importantes, como potestad o patrimonio. Aunque no lo afirme expresamente en ninguna página del libro, d'Ors ha "compuesto" –todo libro, según d'Ors, es una composición– esta obra partiendo del relato bíblico de la creación del universo: de ahí que comience hablando del concepto de vida (p. 30) y finalice con el descanso y la fiesta (p. 167), pues Dios el último día, al decir del Génesis, descansó.

Más que ofrecer al lector un resumen ordenado y crítico del contenido del libro, voy a centrarme en aquellas afirmaciones que quizá puedan llamar más la atención del lector, por su novedad, ya que, desde la primera página hasta la última, está salpicado de formulaciones que son un reflejo del pensamiento de d'Ors. Así, en el prefacio, d'Ors afirma que "el derecho natural no consiste en 'derechos subjetivos' sino en deberes" (p. 17), reflexión ésta que me parece de gran importancia para volver a encontrar los puntos de unión entre el Derecho y la Moral. Esto le lleva precisamente a sustituir el concepto moderno de "derechos humanos" por el de "deberes naturales de las personas" (p. 18). Sin abandonar su formulación estética del Derecho como "posición justa" –que a mí personalmente me parece la más comprehensiva (cfr. *Una introducción al estudio del derecho*⁸, Madrid 1989, §28)–, ni aquella otra judicialista de que "derecho es lo que aprueban los jueces" (p. 25), presenta ahora una nueva desde la perspectiva del deber: derecho es "el conjunto de deberes morales que la sociedad, en un determinado momento histórico y en un determinado espacio, considera que son exigibles" (p. 25). Recientemente, en un escrito, todavía inédito, titulado *Claves conceptuales* (Pamplona 1996 s. v. *pro manuscripto*) unifica el autor estas dos últimas formulaciones. Allí afirma que Derecho "es lo que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles". ("Servicio personal" en el sentido de deber respecto a otra persona). En esta nueva definición, lo que aporta la palabra "servicio" es la cualidad de la alteridad inherente a todo derecho.

Hemos hablado del derecho; nos queda mencionar siquiera la otra expresión que forma parte del título del libro: sentido común. Lejos de presentar una formulación filosófica del sentido común, d'Ors lo califica como "la verdadera filosofía de los juristas" (p. 27), y lo describe como "el <sentir> de cada hombre no-demente con el que nos podemos encarar a solas" (pp. 26-27), lo que es tanto como decir lo que dicta la conciencia de cada individuo cuando uno quiere actuar conforme a su naturaleza. A lo largo del libro, el sentido común viene a identificarse con el derecho natural. De ahí que, en muchas ocasiones, los comienzos de frase "es de sentido común" o "es de derecho

natural" sean sustituibles. En efecto, en p. 27 el a. afirma: "Qué sea lo 'natural' da mucho que hablar a los filósofos (...), pero, para un jurista, basta el sentido común".

De la primera lección, me gustaría resaltar su §5 que versa sobre la responsabilidad y la libertad. En efecto, para d'Ors, la libertad "no consiste en poder elegir, sino en poder optar, y no hay fuerza coactiva que prive al hombre de esa libertad de opción" (p. 33). La libertad es, para el a., el presupuesto esencial de la responsabilidad (p. 33); por eso, d'Ors prefiere decir que "el hombre es, por naturaleza, un ser responsable" (p. 33) en vez de que el hombre es un ser libre, pues la responsabilidad es objetiva; la libertad, en cambio, subjetiva. Su reflexión sobre la libertad unida a los otros dos conceptos del trilema revolucionario (igualdad y fraternidad), le ha llevado a la formulación de uno nuevo que se corresponde más con el orden tradicional: "Paternidad, Legitimidad, Responsabilidad". Aunque este su trilema no esté formulado expresamente en el libro que nos ocupa –lo hizo por primera vez en el "Homenaje a Fernández de la Mora" (Madrid 1995)–, está latente en él; prueba de ello es que el apartado I 9 lo dedica a los conceptos legalidad y legitimidad (pp. 39-40) y el IV 2, a la paternidad (pp. 86-88). Manifestación clara ésta de que d'Ors –con ser octogenario– sigue perfilando su todavía inacabada teoría jurídica. Precisamente porque el a. edifica desde el deber y la responsabilidad y no desde el derecho y la libertad, define la ley como "imperativo destinado a la libre responsabilidad del hombre" (p. 41).

Mención aparte merece la distinción del a. –presente en toda su obra– entre la Verdad y la Veracidad. D'Ors reserva el concepto de Verdad para referirlo a la Revelación (p. 48), permanente e inmutable, en tanto emplea la palabra Objetividad para aplicarla al descubrimiento científico; la Veracidad sería, según el a., la virtud que consiste en no decir nada en contra de la propia conciencia. No estoy de acuerdo con lo que advierte d'Ors en p. 52: "Hay, excepcionalmente, una falsedad de palabra que es lícita, cuando un abogado defiende al reo de un proceso criminal. La exigencia de Veracidad cede en este caso ante la exigencia de liberar de la pena correspondiente al delito realmente cometido y conocido por el abogado defensor". Me parece que, tampoco en un proceso penal, el abogado –que siempre podrá actuar en defensa del delincuente– puede mentir, sino sencillamente ocultar la verdad y aportar las pruebas pertinentes que puedan favorecer la absolución del imputado o la disminución de la pena. La diferencia que existe entre la ocultación de la verdad y la mentira es la intencionalidad del engaño, presente en ésta, pero no en aquélla.

El binomio orsiano pueblo-suelo vuelve a aparecer en esta obra. "A cada pueblo, su suelo", dirá d'Ors. En efecto, si como bien dice Ulpiano, D. 1, 1, 10 pr., la justicia es la "perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo", ese *ius suum*, aplicado a la distribución del Orbe debe concretarse en "dar a cada pueblo su suelo" (p. 77). Los dos principios que deben regular este reparto serían el principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad. Así, pues, frente al principio de soberanía —poder exclusivo y excluyente, en el que hemos basado las relaciones internacionales desde que existe el Estado moderno— se alzan los principios de solidaridad y subsidiariedad, capaces por sí mismos de lograr un orden social más justo. Según el a., la solidaridad "más que un complemento de la subsidiariedad" (p. 78), sería su presupuesto, como predicado también de la libertad con respecto a la responsabilidad. Solidaridad, que —como bien afirma Juan Pablo II, en la Encíclica *Sollicitudo rei socialis* (1987) núm. 38— no es "un sentimiento superficial por los males de tantas personas, cercanas o lejanas. Al contrario, es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común, es decir, por el bien de todos y cada uno".

La lección IV (pp. 85-109) trata de la potestad. Partiendo del concepto de legitimidad y de su conocida distinción entre autoridad —saber socialmente reconocido— y potestad —poder socialmente reconocido— establece los principios de derecho natural relativos a la "desautorización" del gobernante por actos contrarios al derecho natural así como de la posible pérdida de su reconocimiento social, que acabaría convirtiendo a la potestad en poder fáctico (p. 90). Una exposición más extensa del concepto de potestad, así como de su ejercicio, podrá encontrar el lector interesado en el ya mencionado libro de d'Ors *La violencia y el orden* (Madrid 1987). A su vez, una exposición más amplia sobre el concepto de *auctoritas* en el pensamiento orsiano puede verse en mi libro *Teoría de la "auctoritas"* (Pamplona 1987).

No acabo de estar de acuerdo con lo que dice el a. en esta lección a propósito de las leyes fiscales: "El deber de contribuir a los gastos públicos de la comunidad a que se pertenece es de derecho natural, como concreción del deber de solidaridad social. Esto no implica, sin embargo, que haya un deber natural de cumplir las leyes fiscales que rigen la forma y cuantía de tal contribución" (p. 102). En efecto, aunque, en ocasiones, el deber moral de contribuir a los gastos públicos no coincida exactamente con el gravamen impuesto por la ley, esto no significa que se pueda sustraer del derecho natural el cumplimiento concreto de las leyes fiscales.

La lección V está dedicada a la persona. Sabido es que para d'Ors el concepto de persona es relativo, pues ésta no es —diré con terminología

aristotélico-tomista— "sustancia", sino "accidente". D'Ors viene a identificar persona con el accidente relación. De ahí que, superando la máxima *homo homini lupus*, se atreva él a afirmar que "*homo homini persona*" (p. 112). Si el derecho habla de personas y no de hombres es porque, para su existencia, es la alteridad un requisito *sine qua non*. Esta relatividad del concepto de persona lleva a d'Ors a afirmar la existencia de una pluralidad de personalidades en cada hombre, en razón de las distintas relaciones en las que se encuentre (cfr. p. 113). No debe extrañar, pues, que el a., cuando reprocha las posiciones abortistas como criminales (pp. 123-124), utilice la palabra "feticidio" y no aborto, pues éste puede ser natural, en tanto el feticidio sólo se comete con ánimo feticida. Ni que decir tiene que la palabra feticidio se encuentra en el Diccionario de la Real Academia Española (Madrid ²²1992, p. 679 s. v.), y es técnicamente más correcta que la eufemística expresión "interrupción voluntaria del embarazo" (cfr. mi artículo en *Anuario de Derecho Eclesiástico* 11, 1995, 323-330). Muy acertadas son también las consideraciones que d'Ors hace en torno a la naturaleza jurídica del cuerpo humano. Según el a., el cuerpo humano pertenece al ámbito del "ser", no del "tener", por lo que no se puede tener en propiedad, ya que —como parte constitutiva del hombre— no es una cosa. "No puede hablarse, pues, de una 'propiedad' sobre el cuerpo, ni, en consecuencia, de una disponibilidad sobre él, como si se tratara de una cosa patrimonial" (p. 120). Sirva esta recensión para animar al a. del libro a tratar más extensamente, en la próxima edición, el tema de reputación y la intimidad, diferenciando ésta de la vida privada (pp. 130-131).

De la lección VI, dedicada al matrimonio sólo me detendré, por su actualidad, en el §4 relativo a la presunción de paternidad. La postura que mantiene d'Ors me parece acertada: "El derecho natural, que defiende la integridad del cuerpo, no puede obligar a someterse a un análisis de sangre por la petición de otra persona, y la deducción de la paternidad no puede depender de una simple sospecha, sino de la presunción fundada en el hecho de la convivencia con la madre, contra cuya presunción puede caber, entre otras pruebas, la del análisis de sangre, cuando se pretende invalidar tal presunción" (p. 142). El deber que tiene un padre de revelarse a su hijo es, en mi opinión, más amplio que el "derecho" que pueda tener el hijo de conocer a su padre.

El librito acaba con una lección (VII) sobre el servicio, concepto que, como he dicho, está ocupando la atención del a. en los últimos años tanto en su teoría del derecho como en su explicación del sentido del trabajo. En esta lección, se recogen dos importantes aportaciones de d'Ors a la Economía: la primera consiste en afirmar que "el inversionista que sólo da dinero es un prestamista y no un socio" (p. 164), y la segunda, que los intereses no son el "fruto" del

dinero, ya que las cosas consumibles –y el dinero lo es por excelencia– no pueden producirlos por definición (p. 164). (Sobre estos temas, cfr. su *Retrospectiva de mis últimos XXV años*, en *Atlántida* 13, 1995, 90-99).

Con estas líneas, no he hecho sino esbozar algunas de la muchas cuestiones que se tratan en este libro, al que no sobra una página. Nos encontramos ante una obra pequeña en extensión pero –como todas las de d'Ors– densa y sugerente de contenido, donde el a. formula con claridad y precisión los principios jurídico-naturales y ofrece soluciones concretas a muchos de los problemas que la ciencia jurídica moderna se plantea. El libro está rociado de aportaciones personales del a. hasta el punto de que se trata de la exposición más acabada de lo que podríamos llamar su "teoría realista del deber", que se presenta como alternativa a la teoría del derecho subjetivo.

Rafael Domingo

J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid 1995, 320 pp.

La razón de los derechos es un estudio descriptivo y crítico de las principales doctrinas filosóficas y jurídicas que, entre los años ochenta y noventa, han abordado la fundamentación de "la idea de derechos humanos", esto es, no de un catálogo concreto de derechos, sino de la "idea de que hay poseedores de derechos humanos".

El libro se dirige especialmente al escéptico que descarta a la intuición como fuente de conocimiento moral (p. 16). "Este escéptico no niega que haya explicaciones racionales para la existencia de ciertos derechos subjetivos... denominados derechos humanos, pero destaca que dichas explicaciones presuponen la relación de tales derechos con componentes fácticos y/o jurídicos, lo que hace que su existencia y extensión sean susceptibles de comprobación y discusión científica" (p. 122). El objeto final de la exposición, por lo tanto, es de orden epistemológico: ofrecer una vía de fundamentación moral de los derechos humanos que parta de un empirismo radical y, simultáneamente, se distinga del escepticismo o positivismo que, en materia moral, origina aquella epistemología. Se trata, en otras palabras, de un nuevo ensayo de disociación del voluntarismo moral kantiano y el relativismo axiológico absoluto. El autor